

法規範的「訴訟の目的」概念の成立前史

中 村 宗 雄

目 次

- 一 問題の所在
- 二 ドイツ普通法後期
- 三 ドイツ舊民事訴訟法（一八七七年）

一 問題の所在

一 民事訴訟法は、「訴訟の目的」(Prozessgegenstand)という術語を各所に使用している。舊法において「訴訟物」とあつたのを、このように改めたのであつて、ドイツ並びにオーストリー民事訴訟法にある「争訟の客體」(Streitgegenstand)(獨民訴二、三、六、五九、九七三、九三五條、壤民訴七、一)、或は「訴の客體」(Gegenstand der Klage)(獨民訴五條)と同義のものである(從つて本稿には、日本法と比較する場合、すべ)。沿革的理由も加わり(後述)、ドイツ民事訴訟法は、これに一義的な意味をもたしめていない。わが民訴法も、また同様であつて、およそ三つの異なつた使用を見出す。まず「訴訟の目的」が、「請求」(訴訟上の請求)を意味することは、第二一條ないし第二三條の規定を對比することにより覗いうるのであるが、別に、原告の主張する「權利(義務)若しくは法律關係」をもつて「訴訟

の目的」となす條文も存し(民訴五九、六〇、六)、また稀れではあるが、請求の目的物(例、引渡を)を指すとみられる場合もある(民訴二二條一項)。

(一) 舊法では「訴訟物」と稱したのであるが、その下で、既に「訴訟の目的」といえる判例が見出される(大正一〇年一月五日大民三判決民録二七輯一九〇三頁民抄録九三卷)。

(二) わが民訴法におけると同じく(否、わが民訴法がドイツ民訴法の後を逐う)、それには、およそ三つの意味が與えられている(Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. 1956. S.398)。

「訴訟の目的」とは、「訴訟の對象」すなわち「訴訟」において、裁判所の「審理並びに判決」(審判)を受けるところのもの、要するに訴の提起により裁判所に係屬した當該「事件」(die Sache)(民訴二二一條)のことである。しかし訴訟は法律制度であるから、日常社會に繼起する紛争事件が、その儘、訴訟における審理並びに判決の對象となるのではなく、それに法規範的な意味がもたしめられ、また、手續技術的な諸制約がそれに加えられる。現代の訴訟法學は「訴訟の目的」を一つの法規範的概念としてこれを捉えている。

しかし法規範的な「訴訟の目的」概念が成立し、それを廻つて一應とりまとまつた理論の構成されるに至つたのは、古いことではない。それは、公法的訴權學説が體系を整え、實體法と訴訟法とが體系的に分離・獨立して以來のことである(後述)。現在、民訴法學の通説は「訴訟の目的」をもつて「訴訟上の請求」(prozessualer Anspruch)だと規定する。この「訴訟上の請求」も、また、多義である。この場合、「訴訟の目的」としての「訴訟上の請求」は、もとより「紛争事件」それ自體を指すものでない。それを、審判の對象として法規範的概念に組み上げた「法律學的事件像」

(三)
(四)
(rechswissenschaftliche Sachbild) なのである。かかる立場から、さらに「訴訟上の請求」についての分析が行われる。

(三) 自然科学的世界像 (naturwissenschaftliche Weltbild) に示唆をえて、筆者の作出した術語である。自然科学は、「自然」を實驗の対象とするが、直接、その學問の対象としていない。實驗にもとづいて作られた自然科学的世界像をば、絶えず實驗を通して修正することにより、「自然」への近似を追及する。法律學においても、これと同じきことがいえる(拙稿、近代法學の特質、實體法學と訴訟法學〈昭和三年〉收載七頁以下)。「訴訟の目的」についても、これまでいろいろにそれが定義され、また理論づけられているが、それは具體的訴訟における「事件」の處理に適し、かつ合理的にそれを説明しうる理論に到達しようとする努力に外ならない。ただし社會科學の分野にては、學說の検討につき、自然科学におけるが如き「實驗」の絶對的權威が存しない。結局において、いずれがより適當かという「一般の判斷」(J. S. ミルのいう「公共的承認」(unanimous assent) 待つことになる(拙著、自然科学に範型を求めた民事訴訟理論の再構成〈昭和三〇年〉二〇頁)。

(四) 「像」(Bild) とは、前註に述べたが如く、考察さるべき對象(實體)そのものでないと同時に、單なる觀念的な、實體を缺く概念でもなら。法規範的「訴訟の目的」概念(事件像)についても、同様なことはいえる。シュワップは、「訴訟の目的」を定義して、「訴の申立のうちに表示された裁判を求める要求(Begehen)」だとする(Schwab, K.H. Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954, S.191)。彼によれば、事件關係は「訴訟の目的」概念から除かれているので、そのうちところの「裁判の要求」には、それが具體概念となりうるモメントを缺く。彼の理論には、種々の難點あるも、既にその出發點において問題を孕む。

二 法規範的概念としての「訴訟の目的」は、法律學的事件像である(前出)。「紛争事件」そのものでなく、かつそれに法規範的な處理が加えられているが、結局において、その寫像(Abbild)なのであるから、それには、具體的モメントが内在する。「訴訟の目的」(Prozessgegenstand)とは、訴訟一般ではなく、特定の訴訟における「審判の對象」

を指す具體概念である。それは、「民事訴訟の客體(目的)」(Gegenstand od. Objekt des Zivilprozesses)と區別されなければならない。「民事訴訟の客體」とは、廣義における「民事事件」(Zivilsachen)^(六)であつて、この場合の「民事事件」とは、民事事件一般を指す抽象概念である。また、「訴訟の目的」として「民事訴訟の目的」という。ともにその客體(對象)を指すのであつて、「制度の目的」(Zweck, end)と異なる。民事訴訟の制度目的は、「權利保護」(Rechtsschutz)^(七)にある。

(五) ワッハは、「訴訟の客體」(Gegenstand des Prozesses)として、それを「私法上の法律關係」(Privatrechtsverhältnis)であるとする(Wach, A., Handbuch des deut. Civilprozessrechts, Bd. I, 1885, S.13)。^(八)この普通法著書のこの「Gegenstand」の術語を避けて「Objekt」とする(Bayer, H., Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprocess, 1828, S.15. (Von dem Objekte des Civilprocesses))

(六) 現行憲法の下、民事事件(私法上の權利若しくは法律關係)と行政事件(公法上の權利若しくは法律關係)とが、ともに民事裁判所の管轄に屬し、「民事訴訟の客體」となる(拙著、民事訴訟要論(昭和三年)二四頁以下)。問題は、行政事件が舊憲法の下におけるが如く、民事事件の外にあるか(舊憲六一條、舊裁權二條參照)、或いは廣義における民事事件に屬するかにある。私は後説による(拙著前掲、要論四〇頁)。裁判所法は、裁判所の權限を定めるにつき「一切の法律上の爭訟」と包括的に規定し(同三條)、この問題を解決してゐる。

(七) 民事訴訟の制度目的が、當事者の權利保護にあるか、一般法秩序の維持にあるかは、論議の對象となる。私は、制度理念として、「權利保護」にあるとする。拙著前掲、要論一七頁以下。拙著、訴訟法學の體系と訴訟改革理論(昭和一七年)五五頁以下參照。

「訴訟」は、訴の提起に始まり、「訴訟の目的」に對する判決(本案判決)を志向し、その確定に畢わる連續體(Kontinuität)

(八) であつて、審判の對象となる「訴訟の目的」が、その間に一貫したバックボーンとなつてゐる。しかして訴訟は、訴の提起から終局判決に至るまで、段階を遂うて發展するのであるから、その間、「訴訟の目的」は、その同じき形相をもつて終始するものでない。一義的に「訴訟の目的」概念を定立しえない理由がここにも存する。また、「訴訟の目的」は、審判の對象をいうのであるから、その理論は、民事訴訟法學及び手續實踐上における多くの問題と直接に關連し、^(九)「訴訟の目的」をいかに理解し、定義するか、また、それにいかなる理論を組み立てるかにつき、隣接の諸事項、派生の諸問題との間に理論上及び手續實踐上の相互的連關を見出す。従つてその調整が考えられなければならない。^(一〇)「訴訟の目的」に關する理論は、訴訟法學における中心課題であると同時に、訴訟制度の推移、また訴訟觀 (Prozessanschauung) を背景とする學問方法論上の相廻のあざやかに反映する場面なのである。

(八) 拙著前掲、民訴理論の再構成五七、二〇九頁。

(九) 「訴訟の目的」は、起訴、審理、判決の各段階において、中心的役割をもつ。まず起訴の段階では、(一) 事物の管轄が「訴訟の目的」の價額によりて定まる(裁三三條民)。次に裁判所に係屬した事件について、(二) 審理の對象と範圍とが、訴訟の目的によりて限界づけられる。(三) 單一訴訟であるか、客觀的併合訴訟(民二七條)であるかは、「訴訟の目的」が單數か複數かによつて定まる。(四) 前後兩訴の「訴訟の目的」が同一または同一に歸する場合に、重複訴訟關係を生ずる(民訴二三一條)。(五) 訴の變更(民訴二三條)か、或いは單なる申立若しくは攻撃方法(辯論事項)の變更に止まるか。これには、「訴訟の目的」が決定的基準となり、「訴訟の目的」の變更を生ずる場合、すなわち訴の變更である。(六) 反訴は、その「訴訟の目的」が本訴の請求またはそれに對する防禦方法と牽連關係をもつ場合に限り許される(民訴三三條)。(七) 判決の既判力は、當該「訴訟の目的」に對する裁判の効力であり、その裁判した部分について生ずる(客觀的効力範圍)等々。Vgl. Lent, F., Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 1957, S. 97ff.

法規範的「訴訟の目的」概念の成立前史

(一〇) 例えば、請求の原因を不法行為としても、また債務不履行としても、それにもとづく損害賠償請求に同一性があるとするならば、その一方を棄却する判決の既判力は、當然、他の一方に及ぶこととなる。請求（訴訟の目的）の同一性について以上の如き立場をとりながら、なお、既判力の客觀的範圍の擴大を欲しないならば、かつてのローゼンベルグの如く、論理的非違を犯しても、棄却した請求についてのみ既判力を生ずるという理論を立てざるをえない（拙著前掲、民訴理論の再構成（一九六頁以下）。ローゼンベルグ第七版（一九五六年）では、この點を改説し、若干の留保あるも、訴訟上の請求と既判力とその範圍とが一致するものとした（S. 96）。

(一一) 「訴訟觀」を大別して、私法的二元觀、訴訟法的一元觀並びに實體法・訴訟法對立（綜合）二元觀とする。これは、單なる解釋技術的立場の差異に止まるものでない。訴訟の機能（訴訟の目的は、當事者の權利保護か、或いは法秩序の維持かということなどもその一つとして含まれる）に對する認識の相違にまで遡り、結局においてその者の國家觀、世界觀にもつながる（拙著前掲、民訴理論の再構成二一五頁、民訴要論八四頁以下）。

三 「訴訟の目的」とは、個別の訴訟における審判の對象を指す具體概念である（前出）。いかなる時代、いかなる種類の「訴訟」であるかを問わず、「訴訟」の存するところ、必ずその「審判の對象」が存する。しかし「審判の對象」すなわち「訴訟對象」が、民事訴訟の制度、從つてその理論の課題となつて現われてきたのは、ドイツ普通法後期に至つてからのことである。それは、第十九世紀末、プロイセン及びオーストリーの普通裁判所法の制定に始まる（後述）。

ドイツ普通法には、ローマのアクチオ法制が主流となつている。アクチオ法制の下にては、訴訟法は、なお實體法體系に吸収されていて、獨立した體系をもつていない。また、事實と法規範とが未分離の状態にあつた。これ等のことは、私の論文に詳しいから、^(一二)ここでは述べないでおく。この法制の下にては、アクチオ（actio）がそのすべてであつて、^(一三)特に「訴訟の目的」（訴訟對象）という概念を措定する必要も、また、それを措定する學問上の「場」も存しな

かつた。アクチオ、すなわち「訴訟の目的」に外ならないのであつて、ローマ法における「訴訟の目的」の構造といえば、結局アクチオの構造のことになる。このアクチオについては、從來、多く論じられているが、要するにそれは、特定の「事實」と不可分の関係にある（若しくは「事實」を）^(一四)とてその「法規範」として、「訴訟」において機能する。すなわちアクチオにおいては、その法規範的性格が「事實」のモメントを、その背後に押しやつていゝといえよう。問題は、裁判規範として、また社會規範としてのその機能的連關にある。

(一二) 拙著前掲、民訴理論の再構成八〇頁以下、一七四頁以下。なお、中村英郎助教授、「訴訟の目的」概念の生成過程（前掲民訴訟法學の基礎理論〈昭和三十三年〉收載）二七〇頁以下。

(一三) 「アクチオ」は、「訴訟」それ自體を意味する包括概念であり、現代的意義における訴、請求、訴權、公訴など、訴訟について基本的な多くの意味を併有している（中村助教授前掲論文二七一頁）。

(一四) 拙著前掲、民訴理論の再構成八〇頁以下。

ドイツ普通法には、もとよりゲルマン古法制が加わつてゐる。ゲルマン古法においては、裁判は「法の發見」(Rechtsfindung)にあつた。「我に事實を與えよ。汝に法を與えん」(da mihi factum, dabo tibi ius)との原則に立つゲルマン訴訟制度においては、「事實」が訴訟對象を構成してゐたといえよう。

かくしてドイツ普通法制には、ローマ法的要素とゲルマン法的要素とが混在する。しかして法制度として、それはローマ法のアクチオを主流となして發達したが、訴訟制度としては、寧ろゲルマン法の系統を牽けるものとみられる。けだしゲルマンの民度が、法規範的に精緻に組み上げられたローマの訴訟制度を受け入れるに不充分であつたこと^(一五)にその主な原因を見出しえよう。訴訟制度の上に晝期的轉向を生じたのは、第十八世紀後半における裁判所法典の編纂

（一六）によつてである。これよりドイツ普通法後期が始まる。

（一五） 中村英郎助教授前掲論文三〇〇頁。

（一六） バイテルによれば、ドイツ並びにオーストリーの裁判所構成は、（一）普通法の繼受に至るまで、（二）普通法の繼受から一七八一年のオーストリー裁判所法の制定に至るまで、（三）それ以後の三期に分たれ、それぞれ全く異なるという（Beidert, C., Das ordentliche Verfahren in Streitsachen, 1863. Wien S.16.）

一七五三年には、バイエルン裁判所法（訴訟法典）が制定され、オーストリー（一七八一年）並びにプロイセン（一七九三年）のそれがこれに續いた。これ等の裁判所法典に、事件（die Sache）及び訴の「客體」（Gegenstand）の術語が見出される。^{（一七）}このような術語（殊に「客體」）が現われたのは、手續法としての訴訟法が、事件を規律する實體法體系から分離したことの産物とみることができる。ここに「訴訟の目的」（訴訟の客體）が、民事訴訟における課題として出現してきたわけである。

（一七） 「事件」（die Sache）の術語は、訴訟法典の各所に使用されてゐるから、特に擧げるまでもなく「客體」（Gegenstand）の術語の存する條文を「三拾五上げ」みる。Bayerische Gerichts-Ordnung vom 1753. Viertes Kapitel § 1.; Die allgemeine Gerichtsordnung des Oesterreichs, 1781. §§ 449; Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten, vom 1793. Einleitung § 1.; Vierter Titel § 2. Nr.5.

中村研究室にては、以前から「訴訟の目的」を共同の研究題目として取上げている。^{（一八）}その一員、中村英郎助教授は、さきに「訴訟の目的」概念の生成過程（昭和三〇年）と題する論文を執筆した。「訴訟の目的」概念が、ローマ法とゲルマン法との相剋の下に生成したとの觀點から、遡つてこの兩法制の分析と對比とを試み、さらにドイツ普通法制を

通觀することにより、「訴訟の目的」概念の生成に至る諸條件を捉えようとした論文である。その後を受け、本稿においては、普通法後期に始まり、統一した「訴訟の目的」概念の成立を目指す理論の推移を辿る意圖をもつ。

(一八) 私の還暦記念論集「訴訟法學と實體法學」(昭和三十一年)のために執筆した論文である。初め早稻田法學第三一卷(昭和三十一年)第一・二冊に掲載、その後、拙著「民事訴訟法學の基礎理論」(昭和三十一年)の刊行に當り、私と系統を同じくする論文として、これに収載した。本稿にては、この書の頁數によつて引用してある。

二 ドイツ普通法後期

一 訴訟法が實體法から體系的に分離するに至ると(訴訟法典の制定)、當然、「訴訟の客體(對象)」は何かといふことが問題となつて現われてくる。ドイツ普通法學におつて、それを「民事訴訟の目的」(Object des Civilprocesses)^(一)、また「争訟の客體」(Gegenstand des Rechtsstreits)^(二)と云う。マルチンによれば、「民事訴訟事件」(Civilprozess-Sache)が「民事訴訟の目的(Object)」であり、コッホによれば、「プロイセン普通裁判所法」(一七九三年)序説第一條にある「物ならびに權利に關する紛争」(Streitigkeiten über Sachen und Rechte)が「訴訟の客體」(Gegenstand des Prozesses)となるのであつて、それは「争ある私法事件」(streitige Privatrechtssache)であり「行政事件」(Administrativsache)^(三)を含まないとする。

(一) Byer, H., Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprocess, 1828. München, S.16. など、同所本文によれば、Gegenstand eines Civilprocesses など。

(二) Martin, Ch., Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 6te Aufl. 1819. Heidelberg, S.22. など、第十法規範的「訴訟の目的」概念の成立前史

二版(一八三八年)には Gegenstand des gerichtlichen Rechtsstreits とある (S. 34)。

(三) Koch, C.F., Der preussische Civil-Prozess, 1855. Berlin, S.32.

以上、「民事訴訟の目的(Object)」と並び、また「争訟(訴訟)の客體(Gegenstand)」という。ともに民事事件一般を指稱するのであつて、それは抽象的一般概念となつてゐる。しかし後期に至つて個別訴訟の客體を指稱する具體的個別概念としても使用されるようになった。これは、後述するプロイセン普通裁判所法の規定の解釋に影響されたものと思われる。例えばウンゲルの著書においては、「訴の客體」(Gegenstand der Klage)に「義がある」という。(四) 一として、「訴をもつて主張され、追求されるところのもの」すなわち「訴えられたもの」(Eingeklagte)を指すといえる。この意味における「訴の客體」は、「訴求される「權利若しくは法律關係」であるが、「權利」とその「目的」(Object)」、また「法律關係」とその「内容」とを同一視することにより「權利の客體(對象)」「物、相續財産等」或いは「法的特性」(rechtliche Eigenschaft) (例、所有權、債權、その他財産權及び各種の身分權)が「訴の客體」となり、その種類により、訴訟は身分 (Status)、財物 (Gut) 並びに債務 (Schuld) に關する訴に分たれる (S.365)。(五) しかしその本來的な一般の用例に従えば「訴の客體」とは、原告が訴をもつて達成しようとする目的 (Zweck) すなわち訴求する請求の内容のことであり、この意味における「訴の客體」は、判決申立 (Petit) の内容と一致するという (S.366)。以上の序述においては、個別訴訟の客體が取り上げられてゐるのであつて、後年における法規範的な「訴訟の目的」すなわち「争訟の客體」(Streitgegenstand) 理論の萌芽が、そのうちに見出される。

(四) Unger, J., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1859. Leipzig, Zweiter Band, S.365ff. など、手許

にこの書の第五版（一八九二年）を藏するが、本文は全く同一であつて、改訂されていない。ただ第一巻に「民法（一八一年）施行後におけるオーストリー民事法學の發達」と題する附録が添えられているだけである。

(五) 民事の訴を、財物訴訟と債務訴訟とに分つことは、中世のゲルマン法の下において既に行われていたといふ（Unger, aaO. S.365, Note 1）。

二 以上とは別に、當時の各裁判所法には、前述した如く、「客體」（Gegenstand）の術語がいろいろなかたちで使用されている。具體的にいふならば、バイエルン裁判所法（一七五三年）第四章第一條にある「客體」（Gegenstand）とは「訴」の根據となる「權利の客體」を指し、それを「訴」（Klage oder actiones）の種類を分つ基準の（一）として擧げてある。^(六)また、オーストリー普通裁判所法（一七八一年）第四條には、「權利の遂行における客體」（Gegenstand eines Rechtsführung）とあり（なお、同第四^(六)九條にもある）、プロイセン普通裁判所法（一七九三年）第四章第一條は、「訴の告知」（Klagemeldung）に掲げべき事項に屬するものとして、「訴の原因並びに客體」（Grund und Gegenstand der Klage）を規定している。

(六) マッケルデーによれば、訴（actiones）は、その客體（Gegenstand）により、（一）actiones rei persecutoriae（物の回收訴訟）（二）act. poenales（罰金訴訟）（三）act. mixtae（混合訴訟）に分たれる（給付の目的物の差異による分類）。なお、actiones speciales（特定物訴訟）と act. generales（種類訴訟）とも分たれる。給付の目的物の態様（個別か聚合か）による分類である（Mackeldey-Rosshirt, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, 1898. Giessen. Erster Band, S.293. ^(七)）

これ等の訴訟法典は、いずれも第十九世紀後半期に至るまでその命脈を保つていた。^(七)従つて半世紀を越え、また、一世紀にも及ぶ永い間には、訴訟法學の發達により、その解釋に推移を生じたことは當然に考えられるところである。

しかしそれは後の問題として、これ等の訴訟法典は、何が「客體」(Gegenstand)であるかを、直接に條文の上で明かにしていないが、プロイセン普通裁判所法第五章第四條には、受理の訴につき完全なる開示 (vollständigen Information) を要する事項の第三點として、原告は「訴の目的」(Objekt der Klage)を「充分にかつ明瞭に」(genau und deutlich) 特定せよとあつて、有體物 (körperliche Dinge) (不動産を含む) の場合に「つて」、その位置、境界、外形、形狀、數量、重量その他により、その物 (Sache) が他の類似の物と區別されることを要求している。當時の用例として、Gegenstand と Objekt とが同義に使用されていたとみられるから (前出)、これは「訴の客體」(Gegenstand der Klage) の説明となる。これによれば、「訴の客體」とは、「給付の目的物」(Leistungsgegenstand) すなわち現代的意義における「請求の目的物」を指稱したことは確かである。初期の註釋書にその説明の見當らなうのは、けだし自明の事柄とされていたからであらう。オーストリー普通裁判所法の Gegenstand に「つても」、後期に屬する教科書において、これと同趣旨の説明が加えられてある。(九)

(七) バイエルン裁判所法は、一八六九年の民事爭訟法 (Prozessordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten) の制定に至るまで、また、プロイセン普通裁判所法は、一八七七年のドイツ民事訴訟法の施行 (一八七九年) に至るまで、それぞれ存続した。オーストリー普通裁判所法は、遙かにその後、一八九五年の民事訴訟法の施行 (一八九八年) に至るまで續いた。

(八) 後期に屬するコッホ著プロイセン民事訴訟(前註二)では「訴の客體」といふので「民事訴訟の客體」といふ Gegenstand をもつて「民事の『事件』」を意味する一般概念として使用してゐる(前出)。

(九) Canstein, R., Das Zivilprozessrecht (Compendien des österreichischen Rechtes) 1885, Berlin, S.298. この書は「債務訴訟をも取り上げ、金錢債權の場合にはその要求する金額 (Geldsumme) を、また、種類債權の場合にはその數量 (Quan-

titel)を「訴の客體」として明示すべきものとしている。

このように裁判所法の條文解釋としては、普通法の理論(前出)と對蹠的に、「訴の客體」(Gegenstand der Klage)をもつて個別訴訟のそれを指す具體概念とし、かつ「請求の目的物」を指稱するものとしていた。この概念規定が、各州の民訴法草案、さらに一八七七年のドイツ民事訴訟法に傳わつてゐる(後出)。

(一〇) ハノーヴァ草案三八條。バイエルン訴訟法一九條。

(一一) ドイツ民訴法二三條(舊二四條)、また、訴の變更に關する同二六八條(舊二四〇條)一項三號などにある「客體」(Gegenstand)は、もつぱら「物」(有體物)を指稱し、現在でも法規範的「訴訟の目的」概念に包攝されてゐる。わが舊民訴法は、訴の變更に關する條文においては、それを「物」と譯してある(舊民訴一九六條第三)。

三 プロイセン普通裁判所法は、その第四章第一條におつて、「訴の告知」(Klageanmeldung)の要件の第五として「訴の原因並びに客體」(Grund und Gegenstand der Klage)を規定してゐる(前出)。(一)⁽¹¹⁾ かつ「訴の客體」(Gegenstand)については、裁判所法の條文の解釋は、それを給付の目的物(請求の目的物)となし、また、普通法の理論では、それが「私法上の爭訟事件」すなわち「民事事件」一般を意味するものとしていたことは前述の如くである。この二つの對蹠的な概念規定が、一八七七年のドイツ民事訴訟法の制定に當り、ともに「爭訟の客體」(Streitgegenstand)に關する條文の立案に影響を及ぼした。これが、現在でも「訴訟の目的」概念を一義的に把握できな(前出)原因となつてゐる。しかしそれは「訴訟の目的」理論の系譜からいへば、派生の問題である。ドイツ民事訴訟法の下に、法規範的な「訴訟の目的」概念の成立に基盤を供したのは、「訴の原因」(Grund der Klage)に關する理論であつた。

(一二) 一八七七年のドイツ民事訴訟法は、「訴」(Klage)を「請求」(Anspruch)と改めたが、本文の規定形式を踏襲し、請求の「客體」と「原因」とを併列せしめて、訴狀の必要的記載事項に擧げている(同二三〇條二項第三、現二五三條)。

「訴の原因」(causa agendi, causa petendi)とは何を指すか。プロイセン普通裁判所法は、直接にそれを規定してゐない。判事が差當り、その事件の管轄につき判斷しうる程度にその開示を要求するに止まる(同條)。しかし別章において、受理の訴について完全な開示を要する事項の第四點として、原告の請求(Anspruch)を基礎づける事實(Thatsache)「取引(Handel)」若しくは事件の經過(Vorgang)に關し、主要の、並びに説明に役立つ附隨の狀況(Haupt- und Nebenumständen)に應じつ詳細な陳述を原告に求むべきものとしてゐる(第五章四條第四^(一二))。

(一三) その他關連の條文、第五章一七條第一號、第一〇章五條a、三二條等。

これは、一六五四年の帝國最終決義(jüngster Reichsabschied)が、その第三四條にて、「訴は個別的でなく(Artikuls)總括的方法にて(Summarischer weisse)提起すべきものとし、その訴においては、事件の全貌を明かにするに必要な事實(Faktum)を「簡單にかつ周到に」(kurz und nervose)しかも「判然とかつ他と區別しうるが如くに」(deutlich und distinkte)開示することを要求したのと、その揆を一にする。この決議は、それまでの段階的(位置的)訴訟手續(Positionalverfahren)を廢止し、同時提出主義を採用したので、原告の主張する權利の發生に必要な一切の事實をもつて「訴の事實」(Faktum)とし、訴の頭初においてそれ等一切の開示を必要としたのである。^(一六)

(一四) Engelmann, A., Der Civilprozess, Geschichte und System, Bd. II, Heft III. 1895, Breslau, S.129.

(一五) 拙稿、裁判の理論構造、法哲學年報〈一九五四年〉一六頁以下。

(一六) Hellwig, K., System des deut. Zivilprozessrechts, Erster Teil, 1912. Leipzig, S.306. 中村英郎助教授、前掲論文一九二頁。

かくしてプロイセン普通裁判所法(一七九三年)は「訴の原因」(Grund der Klage, Fundamenti agendi. A.G.O.I. 10. §. 32.)をもつて「事實」(Faktum)であるとし、かつそれにつき詳細な開示を必要とした。しかし時代は、帝國最終決議(一六五四年)から百數十年を経過している。既に訴訟法が手續法として獨立體系化し、また、實體法理も精密化してくると、「我に事實を與えよ。汝に法を與えん。」というゲルマンの法理は、その儘では行われなくなる。「原告の請求を基礎づける」、「すなわち「訴の原因」となる事實は、事件によりてその範圍に廣狹の差がある。また、當時の法律學は、既に「事實」と「法規範」とを觀念的に分離し「事實關係」(Tat-Umstände)をもつて「法律の適用」若しくは「個別的な權利」の發生のための「條件」(Bedingungen od. Voraussetzungen)となしてゐたのであるから、「訴の原因」を「事實」だとすれば、「法規範」(Rechtssatz)に、その地位が與えられないことになる。これ等の問題の打開が、「訴の原因」(Fundamenti agendi. A.G.O.I. 10. §.32.)を近因(Fundamentum agendi proximum)と遠因(Fund. agendi remotum)とに分つ理論によつて企てられた。

(一七) Reinhardt, K.F., Handbuch des gemeinen teutschen ordentlichen Processes, Erster Theil, 1823. Stuttgart, S.173f.; Bayer, aaO. S.213.

「訴の原因」(Fundamentum od. causa)を「近因」と「遠因」とに分つ理論は、第十九世紀の前半期の經過において、變遷があり、また、對立があつた。問題を「訴の原因」とは何かということに限定して、現在、手元にある若干法規範的「訴訟の目的」概念の成立前史

の資料から、大體、年代順によつて必要の個所を拾ひ上げ摘記してみる。

(1) Martin, Ch., *Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes*, 6te Aufl. 1819, Heidelberg.

すべての訴において、原告が、裁判上、その權限 (Befugnis) を主張するには、その追求する權利の完全有効なことに對する法律上の承認 (gesetzliche Anerkennung) により支持されることを要する (遠因)。それとともに、その訴が理由ありとされなければならぬ (近因) (§86)。(一八) 原告の申立 (Antrag) は、三段論法の形式による結論の陳述であつて「遠因」(entfernte Klag- oder Rechtsgrund) にその大前提が、また事件の沿革的記述 (Geschichtserzählung) にその小前提が含まれるという (§134, 135)。

マルチンにおいては、なお、「事實」と「法規範」とが分離していない。しかし「遠因」に大前提が含まれるというのだから、これを「法規範」的性格のものと解し、また「近因」を小前提におくのであるから「事實」的性格をそれに認めたものといえよう。

(二八) なお、彼は、この外に「訴の中間原因」(fundamentum agendi intermedium) なるものを認める。これは權利の最初の取得者が他人である場合の事件適格 (legitimitas ad causam) をいう。例えば物權の譲渡を受けた者の承繼人が、直接その譲渡人を被告として出訴する場合における、その原告としての適格のことである。

この書の註釋書とみられるバイエルの著書 (次掲) では、遠因を法規範的性格、近因を事實的性格のものとする前記マルチンの分類に反對している。

(2) Bayer, H., *Vorträge über gemeinen ordentlichen Civilprocess mit Beziehung auf Martin's Lehrbuch*, 1828,

(一九)
München.

(一九) この書には、「マルチン教科書と關連して」と副題が附せられてある。その刊行が一八二八年であつて、同じく私の手元にあつて、從來、引用していたマルチン教科書(改訂十二版)のそれ(一八三八年)よりも古い。そこで前段では、早大比較法研究所のフィスク文庫にある改訂第六版(一八一九年)を引用しておいたわけである。この第六版に比し、手許の第十二版は、頁數において一四頁、章別において十一章を増加しているが、その構成は大體において同じく、かつ各章毎に、それに對應する舊版の章別が附記されてある。

「訴」に具備すべき要件として、(一) 法律上の原因 (ein Rechtsgrund)。(二) 歴史的「訴の原因」(der historische Klagegrund)。(三) 申立 (ein Gesuch) を舉げること(S.212)。「法律上の原因」とは、法規範 (Rechtssatz) をいう。原告がその請求を法律上正當化するには、「法律若しくは慣習」(Gesetz oder Gewohnheit)にその根據を求めるのであつて、このような「法律上の原因」(權利根據) (Rechtsgrund) は必ず存在する。従つて訴狀にそれを明示しないでも、何等妨げることなく、裁判所が職權をもつて (von Amts wegen) 補充すべきものとする。しかしその根據する法規範が普通法 (das gemeine Recht) でなく、地方法 (Localstatut) であるか、また、法律上の原因が曖昧であるとか、或いは二つの法律にもとづくが如き場合には、それを明示するのが望ましい。なお、マルチンの教科書では、この「法律上の原因」を訴の「遠因」としてゐるが(前出)、それは、一般の用例から離れてゐるとさう (S.212/3)。

バイエルという「法律上の原因」は、プロイセン裁判所法のいう「訴の原因」(第四章第二條(前出))に屬しない。歴史的「訴の原因」がそれに該たる。同法は、訴の内容として、「原告がその請求の基礎とする事實 (Fakti) の明瞭、完全

かつ相互に關連をもたしめた陳述（歴史的陳述）を要求するのであるが（第五章第一、七條第一）、彼によれば、「訴の原因」の開示が、この歴史的陳述（Geschichtserzählung）の主要部分を占める（S.213）。その故に歴史的「訴の原因」という（前出）。しかしてそれを開示するに二つの方法がある。その一は、原告の請求が由來した關係を、單に一般的に（nur im Allgemeinen）——その種類に従う、しかして、それがいかにして具體的に（in concreto）發生したかを附加することなく——表示することであり、これが「近因」若しくは「一般因」（fundamentum agendi proximum oder generale）である。その二は、その請求の成立の方法をも開示するのであつて、これを「遠因」若しくは「特別因」（f. remotum oder speciale）とする（S.214）。

「歴史的陳述」には、以上「訴の原因」の外、「争訟の目的」（Streitgegenstand）の充分な開示と、積極的及び消極的事件適格（Activ- und Passivlegitimation）⁽¹¹⁰⁾の成立に必要な事情の告知とが必要である（S.215）。それには、「歴史的陳述」において「近因」を述べただけでは充分でなく「遠因」も、また、述べられなければならない。人的訴權（actiones in personam）については、疑いもなくそうであるが、物的訴訟（Realklage）については「近因」のみにて足りる場合もありうる（S.216）。

(110) 單に Legitimation とあるが、これは legitimatio ad causam（事件適格）を指す。詳細は、拙稿、訴訟遂行權の系譜的考察（拙著前掲、基礎理論收載）一二二頁以下参照。

バイエルは、この書において、「事實」と「法規範」とを分離した。しかして法規範のモメントを「訴の原因」から除外し、別に「法律上の原因」と稱しているが、彼によれば、「完全な歴史的資料が與えられるならば、その關係につ

ての法律上の觀點と法的名義 (juristischen Namen) とが當然發見されなければならぬ」(S.214) のであるから
(この時代には、未だパンデクテン・システムの下におけるが如く「事實」)、「訴の原因」となる「事實」には、それと不可
(と)「法規範」とが制度的に分離されていなく、觀念的分離に止まる。

分の關係において「法律上の原因」がそれに伴う。要するに「訴の原因」の法規範面を觀念的に分離して「法律上の
原因」といえるに止まる。^(二一)さらにまた、彼は、「事實」によつて構成される「訴の原因」を、「近因」と「遠因」とに分

つのであるが、その區分の根據につき、その説くところが明確を缺き、かついかなる點において、この二つがその内
容を異にするかも判然としていない。^(二二)彼自身、後年の改版において、この區別が法源の根據なく、かつ不必要だとし

て否定するに至つた。^(二三)なお、事件により、「近因」の外、「遠因」の開示を要するものと、要しないものがあるといふの
であるが、これまた詳しく分析されていない。これ等は、いずれも、後年における理論の發達に俟たなければならな

かつた。^(二四)

(二一) このように解すると、次に述べるコッホの理論と實質的に同一に歸する。

(二二) 後年、この系統に屬する理論では、原告に權利があるとの主張が「近因」であつて、いかにしてその權利が取得され
たか的手段方法 (Art und Weise) の開示が「遠因」に屬すると簡約した表現がなされてゐる (Osterloh, R., Der ordentliche
bürgerliche Process, Bd. II, Leipzig, 1860, S.13, Note 4.)

(二三) Bayer, aaO. 10. Aufg. 1869, S.535f. この版では「ベルチン教科書と關連した」の副題が創られてある。

(二四) フタによれば、人的訴訟 (persönliche Klage) におつては、その「近因」(nächste Klaggrund)「すなわち彼が、それ
によつて、○○○フロランを請求した債權 (obligatio) ばかりでなく、その「遠因」(entfernte Klaggrund)「例えば、それ
が消費貸借であること、並びにいかなる事情 (Bewandnis) が、それについて存するかが開示されなければならない。し
かし物的訴訟 (dingliche Klage) においては「近因」「例えば所有權、役權、相續親權にもつづくことにより、その「權利

一般」(das Recht im Allgemeinen)を開示すれば足り、その権利の發生原因(遠因)の開示を必要としない。しかしその結果としては、彼に對し、その所有權を「一般かつ絶對に」(überhaupt und absolut)否定する判決がなされると、最早や特定の取得原因にもとづき再びその所有權を主張しえないことになる。これに反し、彼が特定の取得原因(遠因)、例えば相續としてその所有權を主張し、敗訴するも、彼は他の例えば賣買を理由として出訴できる。この場合、「既判力ある裁判の抗辯」(Einrede der rechtskräftigen Entscheidung)をもつて對抗されることはなす。これが實務上の一般意見であるが、そのロー法に遡る法律上の根據については、若干の異説があることすら(Puchta, W.H., Ueber die gerichtlichen Klagen, 1840, Giessen, S.34ff.)の點については次掲のコンホの説參照。

(3) Beidtel, C., Handbuch des gerichtlichen Verfahrens, 1863, Wien, Erster Band (Das ordentliche Verfahren in Streitsachen)

オーストリー普通裁判所法(一七八一年)の解説書である。同法は、プロイセン普通裁判所法に十二年あまり先立つ立法であつて、これには「訴の原因」(Grund der Klage)の術語が使用されていない。原告は、その「訴」において、彼に「權利を生ぜしめると考えられる事實(Faktum)を、時の順序に従ふ(in der Zeitordnung)その權利の支持に役立ちうるすべての事情とともに完全に開示すべきもの」と規定するに止まる(同三條)。「我に事實を與えよ。汝に法を與えん。」(da mihi factum, dabo tibi ius)というゲルマン法の訴訟法理に従えるドイツ普通法前期の訴訟制度をその儘に受け繼げるものである。

(二五) 中村英郎助教授、前掲論文二八七、二九一頁以下。

しかしこの書は、プロイセン裁判所法の下で解釋理論に倣ひ、「訴」において、その權利の根據として開示を要する

「事實」(前出)を「事實上の訴の原因」(faktische Klagegrund)と云ふ「裁判の申立」(Die Bitte)とともに、訴の本質的内容(wesentliche Inhalt)をなす(S.122ff.)。しかしそれは別に、訴の申立を正當化する「法規」(Rechtsregel)をもつて「訴の法的原因」(Der Rechtsgrund der Klage)と稱し、これは、必ずしも訴において明示するを要しない、従つて訴の非本質的な(unwesentliche)内容に屬するところ(S.129)。

前掲のバイエルと、その付する名稱は異なるも、理論の構造において、全く同一である。

(4) Koch, E.F., Der preussische Civil-Prozess, 1855, Berlin.

「訴」をもつて「權利」(ein Recht)を行使するには、それを行使しうる「原因」(die Ursache)が存しなければならぬ。その「權利」と「原因」とを「訴の原因」(Klaggrund, causa)若しくは「訴の基礎」(Klagfundament, fundamentum agendi)と云ふ「遠因」と「近因」とに分ち(S.266)。しかして彼が通説として擧げるところによれば、「遠因」(fundamentum remotum)とは、原告がその申立(Bitte)の根據とする「法規」(Rechtsregel)を意味し、これは判事を知るべきものであるから、慣習法、外國法等の場合の外、特に引用を要しない。「近因」(fundamentum proxima)となるものは「法律行為」(Rechtsgeschäft)若しくはその權利の發生した「事實」(Thatsache)若しくは「事情」(Zustand)である。しかしてこれにつづては、二つのものが記載を必要とする(S.267)。(一)原告自身がその法律行為をなし、若しくは權利を取得したこと、若しくはその權利が、直接、彼自身に歸屬する事情の存すること。物的訴訟においては、その權利の開示をもつて足り、その成立原因に及ぶことを必要としないが、その取得

方式 (Erweisart) についての開示が望ましい。そうすれば敗訴した場合、他の権原 (Titel) をもつて出訴しても、既判力 (res iudicata) をもつて對抗されな^(前註二四)_(末尾参照)。人的訴訟については、債務原因 (causam obligatorium) を開示しなければならないが、それは、「歴史的陳述」によつて、おのずから明らかとなる。また、原告が、債權的權利の元來の取得者ではなく、その承繼人であれば、その承繼の原因を明かにすることを要する^(事件適格)_(二六)。一般にこれを「訴の中間原因」(fundamentum agendi intermedium)と^(前註一八)する^(二七)。權利が侵害されたことである。これはローマ法に遡るが、プロイセン普通裁判所法にては、特にそれを訴提起の條件としていないから、結局において、不必要に歸する^(二七)と^(S.268)。

(二六) 前註二〇の拙稿参照。

(二七) A.G.O. Eintl. §§1, 27; I. 5 §4 Nr. 10. und §6. これ等の條文において、或いは、債務の履行を請求して拒絶されたとか、或いは、主たる債務を差置いて保證人に請求したというが如き各場合を擧ぐるに止まる。

コツホの分類は、「近因」と「遠因」の區分にもとづいて、「訴の原因」のうちに「事實」と「法規範」とを分離し對立せしめる。これは、「近因」及び「遠因」の元來の意味から離れるものであるが、要するにその當時、漸く私法學が、事實を捨象した抽象的私法體系を整備する段階に入れる時代の理論といえよう。しかしその理論には、實體法と訴訟法との體系的分離が反映していない。それは、次のウェッツェルの著書に俟つ。理論として、私法的訴權學說以前のものである。

(5) Weizel, G. W., System des ordentlichen Civilprocesses, 2. Aufl. 1865. Leipzig.

「訴の申出」(Klagbitte)をもつて起した「請求」(Anspruch)を證明するためには、原告は、まずその請求權を創造する「事實」を申述べなければならぬ。訴は、事實にもとづいて(factisch)理由づけられる。従つて「訴の事實」(Klagthatsachen)は、相互に關連して、「訴の原因」(Klaggrund)を構成する(S.127)。しかしてすべての訴の種類が、同一の發生原因に限られるものでなく、個々の「訴による請求」(Klaganspruch)は、それぞれ「個別的に」(individuell)定まる事實を根據とするのであるから、いかなる事實が、提起された訴を理由あらしめるために必要とするかという問題は、元來、成り立たない(S.177/8)。この書では、かかる立場から、「訴の原因」を、「遠因」と「近因」とに分つ傳統の理論を棄てて、原告につづいての「積極的原因」(active Klaggrund)と、被告に對する「消極的原因」(passive Klaggrund)^(一八)とに分ち、それを各訴の種類につづいて検討してゐる(S.128ff.)。

(二八) 被告に對する訴の提起が、その訴の基礎となれる權利それ自體からでなく、被告がその權利を侵害したことによる場合をさう(S.128)。

この書においては、「事實」と「法規範」とが完全に分離され、「法規範」が、「訴の原因」から排除されている。これは、私法が、抽象的法規範の體系として「事實」を捨象したこと、及び實體法(私法)と訴訟法(手續法)との體系的分離を意味する。しかしその分離した訴訟法は手續法としか意識されていないので、「訴」とは、「訴訟」手續による「請求」のことであり、それが彼のさう「訴による請求」(Klaganspruch)なのである(前出)。私法的二元觀による私法的訴權學說の時代に入れる理論である^(一九)。

(一九) 私法的訴權說によれば、「訴」は私法上の「請求權」の訴訟の段階における表現形式(Erscheinungsformen)に外なら

ない(拙著、民事訴訟法原理第一卷〈昭和十二年〉二九〇頁)。

ウェッツェルにやや遅れたレナウドの著書も、大體において以上と同じである。普通法末期の定説といえよう。これ等が、一八七七年のドイツ民事訴訟法の制定に決定的な影響を及ぼした。なお、當時には「近因」と「遠因」とを分ち、前述したコッホのそれと、全く反對に區分した見解もあつたようである。^(三二)

- (三〇) Renaud, A., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocessrechts*, 2. Aufl. 1873, Leipzig und Heidelberg, S.226ff.
 (三一) 訴の基礎となる「法」(das Recht)を近因 (causa agendi proxima) また「訴の事實」を「遠因」(causa agendi remota) と名稱する。これには、全面的な賛成が存したと云ふ (Weitzel, S.127, Note 1)。^(三三) カンシュタインのオーストリー民事訴訟法教科書は、この分類による (Canstein, R., *Lehrbuch der Geschichte und Theorie des oesterreichischen Civilprozess-rechtes*, 1882, Berlin, Bd. II, S.43, Note 23)。

- (6) Canstein, R., *Das Civilprozessrecht, Compendien des österreichischen Rechts*, 1885, Berlin, 2Bde. (三三)

(三二) カンシュタインには別著あるも(前註三二)、「訴の原因」に關する限り、その記述が同一である。ただしこの書では前註書において「近因」及び「遠因」の術語を引用してゐるのが省かれてある。

オーストリー普通裁判所法の教科書である。同法では「訴の原因」の術語を使用していないが(前出)、「この書も、またブロイセン法の解釋に倣ひ「訴の原因」とし、それを「歴史的原因」(historische Klagegrund)と「法的原因」(rechtliche)とに分ち (Bd. II, S.289, 295, 298)。」しかして「歴史的原因」とは、「權利を創造する事實」(rechterszeug-

enden Thatsachen) であつて、それにより「訴の申出」(Klagebegehren)を基礎づける。それは、「事件關係の陳述」(Die Erzählung des Sachverhalts)とつて、必ず訴の理由(Klagebegründung)に含まなければならない。しかして「法的原因」は、必ずしもそうでなく、裁判所法の規定としては、元來、事實(Faktum)は「法的立場(Rechtsstelle)を混えずに」陳述されべきものであるが(同法一二條、實際上は、この規定に抵觸してゐるやう(Bd. II. S.295, Note 30)。

その説くところ、前述したコッホのそれと、大體において同じ。なお、フューゲル・ウエズレーの註釋書には、「訴の原因」の術語を使用していない。事實を時代順に(chronologisch)に陳述すべきものとするに止まる。尤もこれがオーストリー裁判所法の規定するところなのである(同三條)。

(三三) Füger-Wessely, Gerichtliches Verfahren in Streitsachen, 6 Aufl. 1856, Wien, Bd. I. S.18.

現行のオーストリーの民事訴訟法(一八九五年)も、「訴(請求)の原因」という術語を使用していない。訴狀には「一定の要求」(ein bestimmtes Begehren)と「その請求の基礎となる事實」(die Tatsachen auf welche sich der Anspruch des Klägers... gründet)を記載すべきものと規定する(同二六條)。

四 以上が、ドイツ普通法並びにプロイセンとオーストリー普通裁判所法の解釋理論である。普通法の理論としては、民事訴訟の目的(客體)をもつて「争いある私法事件」だとし、この術語に抽象的一般的概念規定を與えたが、後期においては、個別訴訟の客體をも意味するようになった。これに對しプロイセン普通裁判所法は「訴の客體」(Gegen-

stand der Klage) をもつて現代的意義における「請求の目的物」を指稱したものとみられるのであつて、しかも主として有體物 (körperliche Dinge) を豫想してその規定を設けてゐる。^(三三)

(三四) 物的訴訟 (Realklage) については、有體物が「請求の目的物」(訴の客體) となることは明らかであるが、人的訴訟 (Personalklage) については問題である。カンシュタインは、債務訴訟につき、金銭債權なればその要求する「金額」を、また、種類債權なればその「數量」を「訴の客體」として明示すべき旨を説いているが(前註九)、これは表示の方法を述べたに止まり、これ等の訴訟において、何が「訴の客體」であるかを示したものでない。また、ウンゲルは、「訴の客體」の種類により、訴訟は、身分 (Status)、財物 (Gut) 並びに債務 (Schuld) の訴に分たれるという(前註五本文)。彼によれば、「訴の客體」(Gegenstand der Klage) が有體物 (körperliche Dinge) には限られないことになる。

次に「訴の原因」(Grund der Klage) であるが、プロイセン普通裁判所法は、それを「事實」(Faktum) だとする建前にてその規定を設けている。また、オーストリー普通裁判所法には「訴の原因」という術語を使用していないが、訴において、彼(原告)に「權利を生ぜしめると考えられる事實 (Faktum)」を開示すべき旨を規定している。これ等は、ドイツ普通法前期の訴訟制度をその儘に引継ぎ、「我に事實を與えよ、汝に法を與えん。」とのゲルマン法理(事實に法規範)に立脚した立法態度であることは、既に述べたが如くである。

これに對し、普通法の理論は、訴訟法の獨立體系化と相關的に、ちくじ鮮明となつてきた「事實」と「法規範」との分離の傾向を反映せしめて、「訴の原因」に關する理論を發展せしめた。それは、ドイツ普通法前期における「訴の根據」(fundamentum agendi) を「遠因」(fund. ag. remotum) と「近因」(fund. ag. proximum) とを區別する理論を利用したものであつた。學說の推移を経て、結局「遠因」をもつて法規範、「近因」をもつて「事實」とみることが、

一時、通説的地位を占めた。^(三六)しかしその後、この區別も止揚され、「法規範」を「訴の原因」から排除して、「訴の原因」を事件の「事實關係」とみる方向に赴いた。^(三七)

(三五) 中世期以後における「事實」と「法規範」との分離の過程については、別稿においてその素描を試みてある。拙稿、裁判の理論構造(法と裁判、法哲學年報へ一九五八年)掲載)一五頁以下。

(三六) 前段、コッホについての記述參照。

(三七) 前段 ウェッツェルについての記述參照。

一八七七年のドイツ舊民事訴訟法は、以上の如き學說の變遷の後を受け継ぎ、「訴訟の目的」すなわち「争訟の客體」(Streitgegenstand)並びに「請求の原因」(Grund des Anspruchs)について、その規定を設けたのである。

三 ドイツ舊民事訴訟法(一八七七年)

一 一八七七年のドイツ舊民事訴訟法の制定に至るまで、いくつかその草案が現われている。^(一)これに先立ち、この世紀の前半期において、ドイツ各州が、それぞれの州の民事訴訟法草案を編纂したのであるが、それには、當時、ライン左岸地方に行われていた直接主義、口頭主義によるフランス民事訴訟法が著しく影響を及ぼしたのであつて、中にも、一八五〇年に制定されたハノーヴァ王國民事訴訟法(Allgemeine bürgerlichen Processordnung)は、フランス法とドイツ普通法と融合したものであつた。しかしこの編纂方式に追隨したのは、僅かバーデン(一八六四年)及びウュルテンベルグ(一八六五年)の二州に止まり、ドイツ民事訴訟法の制定については、ハノーヴァとプロイセンの草案が眞向に對立した。結局、一八五九年以降、ドイツ連盟(der deutsche Bund)がドイツ民事訴訟法制定の事業を引受け

ることとなり、一八七〇年の「北ドイツ草案」によつてその間の妥協が成立し、ドイツ帝國成立の後、一八七七年のドイツ民事訴訟法の制定に至つた。^(一)このような過程を経てゐるので、ドイツ舊民事訴訟法には、必ずしも統一した編纂が行われていない。本稿にて扱える「争訟の實體」(訴訟の目的)、「請求の原因」についても、そのことがいえる。^(二)

(一) 一八六四年ハノーヴァ第一讀會草案 (Entw. ein. allg. dtsh. Civilproc. Ordn. Hannov. Entw. I. Lesung) 一八六六年ハノーヴァ第二讀會草案、一八七〇年北ドイツ連盟草案、一八七一年プロイセン草案、理由書添附(ドイツ民事訴訟法第一草案、一八七二年ドイツ民事訴訟法第二草案、一八七四年同第三草案)。

(二) Schwein-Thieme, Deutsche Rechtsgeschichte, 1950, S.359.

(三) 小山教授は、ドイツ舊民事訴訟法第二三〇條(現二五三條)が、訴狀の記載事項として規定する「起された請求の客體及び原因」につき、各草案を對比し、その制定に至る經過を追つてゐる。極めて迂餘曲折があつたようである(同教授、請求につき、北海道大學法學論集第一卷へ一九五一年)一二二頁以下)。

二 まづ「訴の客體」(訴訟の目的)についてであるが、ドイツ舊民事訴訟法は、これまでの草案の用例を踏襲して、「争訟の客體」(Streitgegenstand)と^(四)その價額をもつて、事物管轄を定める基準とした(同二條乃至九條現同上)。しかし用語例としては必ずしも一定してゐない。或いは「訴の客體」(Gegenstand der Klage) (同五條)或いは「請求の客體」(Gegenstand des Anspruchs) (同二三〇條)と^(五)また、單に「客體」(Gegenstand) (同二四〇條)と^(六)さう止まる場合もある。理由書(Begründung)には、何が「客體」であるかを説明してゐる。普通法の用例に従つて(前出)「請求の目的物」を指稱したものとみられる。^(五)施行直後の註釋書には、訴狀の記載事項である「請求の客體」(同二三〇條)につき、そのような説明が加えられてある。しかし「争訟の客體」(同二條以下)については、どの註釋書にも、

その説明を缺く。自明とされていたのかも知れない。條文の構成上「争訟の客體」の價額により事物管轄の定まるのは、財産權上の訴に限られ、非財産權上の請求訴訟については、「争訟の客體」の用語が避けられてある^(七)。そうだとすると、訴狀の記載事項としての「請求の客體」(Gegenstand des Anspruchs) (これには、當然非財産權上の請求を含む)と、管轄規定にある「争訟の客體」(Streitgegenstand) (これには、非財産權^(八)上の訴訟を含まな^(八))との間に不一致を生ずるのであるが、理由書も、その制定直後の註釋書も、それに觸れていない。

(四) 一八六四年ハノーヴァ草案六條、一八七一年プロイセン草案三條。いずれも「争訟の客體」といふ、その價額をもつて、事物管轄確定の基準としてゐる。

(五) 訴の變更に關する第二四〇條(現二六八條)にある「客體」(Gegenstand)は、「有體物」を指していることは明瞭である。同條に該當する日本舊民訴法第一九六條では、これを單に「物」としてある。

(六) Z.B. Hellmann, F. Civilprozessordnung, Zweite Abtheilung, 1879, §230 (S.4); Meves, Civilprozessordnung, 1881, S.141.

(七) ドイツ裁判所構成法は、財産權上の請求と非財産權上の請求とを包括した場合には、「民事争訟事件」(bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten)と稱し(同七〇條一項)、財産權上の請求に限り、それを「争訟の客體」(Streitgegenstand)とす(同三三・七〇條二項)、その價額の算定に關する規定を民訴法第二條以下におく。

(八) 訴狀の記載事項としての「起された請求の客體及び原因の表示」(同二三〇條二項一號、現二五三條)につき、理由書は、「請求の原因」のみを説明して「請求の客體」に觸れていない。しかしこれと同一の條項が一八七一年プロイセン草案第二〇九條に存するのであつて、同草案の理由書には、「請求の客體」の表示は、各個別事件の關係に應じて定まり、また、「請求の原因」を確定することは、民法に屬する事項であるから、草案としては、それに關する詳細な規定を設けえないとある(§304)。またヘルマン註釋書(前註六)によれば、「訴の客體」は、それを他のものと區別しうる特徴(例えば種類債權なればその種類、動産、不動産、損害賠償債權等)を記載することにより表示すべきである。しかし、それは訴狀におけるその

他の表示、すなわち、「訴の原因」若しくは「判決の申立」の一部構成するものであるから、それ等との関連において、容易に表示されうるといふ(S.4)。要するに「請求の客體」の表示を附隨的なものとしてゐる。

三次に「訴の原因」であるが、ドイツ舊民事訴訟法はこれを「請求の原因」という。これは、私法的訴權學說に則れるものであつて、單なる表現の差異に止まる。同第二三〇條(現二五三條)には、訴狀の記載事項として「第二起された請求の客體と原因の一定の表示」(2. Die bestimmte Angabe des Gegenstandes und Grundes des erhobenen Anspruchs)とある。よかなる事項がそれに該り、その表示を要するかにつづて、條文は別段に規定してゐない(前註八)。しかし當時の通説に従ひ、「請求の原因」をもつて、事件の「事實關係」としたものであることは明かである。訴狀には、準備書面に關する一般規定を準用するものとし(同條三項)、「その記載事項として」第三 申立の理由となる事實上の關係の開示」(3. Die Angabe der zur Begründung der Ansprüche dienenden tatsächlichen Verhältnisse)を挙げつゝる(同二二一條。草案理由書にも「起された請求の原因」すなわち「訴の原因」(Klagegrund)は、「權利の基礎となる事實」(die rechtsbegründenden Thatsachen)により構成され(一)とある。當時の註釋書は、すべてこの見解に同調してゐたのであつて、異説を生じたのは、遙かに後のことに屬する。(一三)

(九) 私法的訴權學說は、實體法と訴訟法との體系的分離に則應して、請求權と訴權を區別する。しかし訴訟法を從屬體系とみる立場から、訴權は請求權の變形(Metamorphose)に過ぎなく(Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. V, S.3)。従つて「訴の原因」は、迺れば「請求の原因」ということになる。私法的訴權學說にづいては、拙著「民事訴訟法原理第一卷」(昭和一二年)二九〇頁以下。自然科學に範型を求めた民事訴訟理論の再構成(昭和三〇年)二二二頁以下。

(一〇) これは、プロイセン草案(一八七一年)の規定(同二〇九條第二)をその儘に踏襲したものである。ハノーヴァ第一章

案（一八六四年）には「申立を基礎づける事實上の關係」（bestimmten Angabe der dieselben—den Gesuch—begründenden tatsächlichen Verhältnisse）とある（同（一三）條第（一））。

（一） Begründung des Entwurfs, §222 (S.182)

（二） Helmann, aaO.; Meves, aaO.; Puchelt, F.S. Die Civilprozessordnung, Bd. II. 1878, S.5.

（三） 請求原因につき、普通法の理論を受け繼げる實體化説（Substanziierungstheorie）一般にいう事實記載説と、新たに私法理論を背景とした個別化説（Individualisierungstheorie）との對立を生じたのは、一八九〇年代になつてからのことである。

四 最後に「請求」（Anspruch）についてである。私法的訴權學說の下、訴訟の段階において主張される「請求」は、もとより私法上の給付請求（Leistungsanspruch）を指す私法的性格のものである。ウィンドシャイドが、アクチオをその實體面から捉え、その概念を「請求」（Anspruch）の術語にもたしめたことは、餘りにも有名であるが、ドイツ民事訴訟法は、この實體法上の概念である「請求」の術語を導入して、それまで「訴の原因」、「訴の客體」といえるものを「請求の原因」、「請求の客體」と改めた（前出）。これは、私法的訴權學說の立場からする表現であるが（前註九）、條文の構成においてそれが徹底されていなかった。依然として、「訴の客體」としてゐる條文もあつて（同五條）、草案理由は、「請求の原因」と「訴の原因」とを同一視してゐる（S.182）。

（四） 請求（Anspruch）は、當時「權利請求」（Rechtsanspruch）とされた（Z.B. Unger, aaO. S.323ff.° Anspruch の術語は、それ以前、フロイセン普通裁判所法（一七九三年）に見出されるが（Fünfter Titel, §4. Viertens）オーストリー裁判所法（一七八一年）及び同民法（一八一一年）には見當らない。それに代わり、Forderung (fordern) の術語が使用されてゐる（裁判所法二三二條、民法一二七、一四三三條等）。なお拙著前掲、民訴理論の再構成二一七頁註三參照。

(二五) 拙著、訴と請求並びに既判力(昭和二年)二三頁以下。拙著前掲、民訴理論の再構成八八頁。

(二六) ハノーヴァー第一草案(一八六四年)には、「請求」(Anspruch)の術語が使用されてゐない。北ドイツ草案(一八七〇年)第一九七條第三、プロイセン草案(一八七一年)第二〇九條第二の用例に従えるものである。なお、ハノーヴァー王國民訴訟(一八五〇年)第一八四條、プロイセン州民事訴訟法草案第二九六條第三にも、Anspruchの術語が使用されている。(二七)「訴」と「請求」とを自同の概念となすことは、その考察態度としては私法的訴權學說以前のものである。

ドイツ舊民事訴訟法施行の當時は、パンデクテン法學の時代であり、訴訟法を從屬體系におく私法的訴權學說が支配的であつた。この學說の下、「訴」をもつて主張する「請求」は、もとより私法的性格のものである。この學說は、給付の訴が唯一の訴の類型であることを想定する。しかし訴訟法は、時代の要求に押され、確認の訴に關する現定を設けたのであつて(舊二三條、現二五六條)、草案理由書は、それをもつて、給付請求と相並ぶ私法的性格の確認請求(Anspruch auf Feststellung)だとした。^(一八)そこに問題を孕む。引續く論争により、確認の訴が給付の訴とは別個の類型に屬することが一般に承認されることになつた。^(一九)創設の訴が獨立なる訴の類型として登場したのは、さらにその後、今世紀(二十世紀)に入つてからのことである。^(二〇)舊民事訴訟法制定の當時には、「請求の客體」、「請求の原因」という場合の「請求」、すなわち「訴」をもつて主張される「請求」は、すべて私法的性格の請求だとされていた。これに異説を挿むものは、當時の註釋書のうちには見當らなく。

(二八) 草案理由書はいう。確認の訴を許容する條件は、實體法の規定事項であり、訴訟法に屬しない。法律が、給付の訴の外に確認の訴を認容することにより、「給付請求權」(Anspruch auf Leistung)と相並び、それとは獨立した「確認請求權」(Anspruch auf Feststellung)が發生する(S.183,185)。

(一九) その詳細については、拙著、訴と請求並びに既判力（昭和二十四年）八五頁以下。

(二〇) 前註書九八頁以下。創設請求も、その訴が獨立の類型として認められるまでは、形成の結果につき、耐忍を求める私法請求權 (der privatrechtsanspruch) だつた（Vgl. Schmidt, R. Lehrbuch des deut. CPR 1898, S.141）。

五 一八七七年のドイツ舊民事訴訟法は、「争訟の客體」(Streitgegenstand) と「請求の原因」(Grund des Anspruchs) とを異別の目的の下に規定した。「争訟の客體」は、その價額により財産權上の訴の事物管轄が定まるものとし、また「請求の原因」は、これを訴狀の必要的記載事項とした。しかして「争訟の客體」とは、普通法の下における同じく、「請求の目的物」のことであり、「請求の原因」は、これを事件の「事實關係」とするのが、その制定當時の一般的見解であつたとみられる。

しかし「争訟の客體」をもつて「請求の目的物」となす場合、訴狀の記載事項としての「請求(訴)の客體」が何を意味し、それをいかに表示するかは、既に普通法の當時において、論議の對象となつていた。^(二一)また、給付の訴の外に確認の訴を認めたのであるが、それが給付の訴とどういふ關係におかれるのか、草案理由書の説明は判然としていない。これ等の問題は、「訴」をもつて主張する「請求」をば私法的性格のものとする私法的訴權學說の理論にては解決しえないところのものである。その後、公法的訴權學說の擡頭により、その傘下において、訴訟法學の立場からする「訴訟上の請求」(prozessualer Anspruch) 概念が定立された。しかしてこの「訴訟上の請求」概念を媒體として、「争訟の客體」と「請求の原因」とが結び、三者の綜合にまつて、法規範的「訴訟の目的」(争訟の客體) 概念が成立するに至つた。二元觀の立場におけるヘルウィック (Konrad Hellwig) 並びにシュタイン (Friedrich Stein) の

理論がそれである。^(二二)しかしそこに至るまでには、理論の上に、迂餘曲折があつた。それは、視角を改めて論ずべき問題である。

(二一) ウンゲル並びにカンシュタインの所説参照(二の註三四)。

(二二) 拙著前掲、訴と請求並びに既判力三八頁以下。